



**“RETRIBUCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO
DE ADMINISTRACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE
CAPITAL: LA TEORÍA DEL DOBLE VÍNCULO.”**

**“REMUNERATION OF THE MEMBERS OF BOARD OF DIRECTORS:
ANALYSIS OF THE CURRENT SITUATION OF THE <<DOUBLE LINK
THEORY>>.”**

ALUMNO: Iker Peña Parrazar

DIRECTOR: Vicente Gozalo López

10/10/2019

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

SANTANDER

ÍNDICE.

Resumen / Abstract.

Introducción.

1. Teoría del Vinculo.

1.1 Situación origen del debate.

1.2 Antecedentes doctrinarios a la teoría del vinculo: la tesis de compatibilidad.

1.3 la teoría del Vinculo.

2. Reforma LSC 2014.

2.1 Origen del debate de la reforma: funciones inherentes al cargo **C Paz Ares**
“El enigma de las retribuciones de los consejeros ejecutivos.”

2.2 Análisis del resultado: *Ley 31/2014 por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.*

2.3 El consejero ejecutivo: ¿relación laboral alto directivo?

3. Situación Actual de la Teoría del vínculo: STS 26-2-2018.

3.1 Situación posterior a la reforma: distanciamiento de la “jurisprudencia menor” de la Teoría del Vinculo.

3.2 Irrupción de la STS 26-2-2018.

3.3 Reacción Doctrinaria a STS 26-2-2018 **C. PAZ ARES** ***“Perseverare diabolicum”***.

4. Conclusión final

5. Bibliografía

RESUMEN

En *“RETRIBUCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL: LA TEORÍA DEL DOBLE VÍNCULO”*, se ha abordado, la ya manida problemática de la retribución de los consejeros ejecutivos. Se empieza este estudio con una importante mirada al pasado, para entender los antecedentes de la situación actual, así como el nacimiento de la teoría del vínculo. Posteriormente se hace hincapié en la Ley 31/2014, que reforma el sistema retributivo de los consejeros ejecutivos añadiendo una diferenciación relativamente clara entre consejeros ejecutivos y deliberativos, así como un sistema retributivo diferenciado. Para finalizar se detiene el trabajo, en analizar detenidamente la STS 26-2-18 y la reacción de la doctrina crítica y mayoritaria. Sentencia que se retrotrae a los principios emanados en la famosa teoría del vínculo.

ABSTRACT.

In *“REMUNERATION OF THE MEMBERS OF BOARD OF DIRECTORS: ANALYSIS OF THE CURRENT SITUATION OF THE <<DOUBLE LINK THEORY>>”*, the already problematic debate of the remuneration of executive directors has been addressed. This study begins with an important look at the past, to understand the background of the current situation, as well as the birth of the <<Link theory>>. Later, emphasis is placed on Law 31/2014, which reforms the remuneration system of executive directors by adding a relatively clear differentiation between executive and deliberative directors, as well as a differentiated remuneration system. Finally, the essay is stopped, in carefully analyzing the STS 26-2-18 and the reaction of the critical and majority doctrine. Judgment that goes back to the principles emanated in the famous <<Link theory>>.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo final el análisis de la situación del consejero, que realiza funciones ejecutivas delegadas por el Consejo de Administración, en términos de retribución antes y después de la **Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (Ley 31/2014)** Para dicho cometido será clave abordar la cuestión desde diferentes vértices.

En primer lugar, será de vital importancia entender la relevancia de la Teoría del Vínculo, por la cual se imposibilita estipular retribuciones análogas y complementarias a un consejero ejecutivo, mediante un contrato yuxtapuesto. En esta cuestión, realizar un estudio de las corrientes doctrinales anteriores, la famosa sentencia fundacional, **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 6.ª) de 29 de septiembre de 1988, dictada en el «caso Huarte»** y sus consecuencias jurídicas y pragmáticas en la época.

Encontrándose esta temática en un terreno difuso entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral, resulta especialmente interesante apoyar esta tesis en un punto de vista del derecho laboral y realizar un breve estudio del Estatuto de Trabajadores y el RDPAD.

La clave angular sin embargo se encuentra en la REFORMA, y la introducción del art 249, que hace tambalear ese mantra doctrinal instaurado por el Alto tribunal en el Caso Huarte.

Sin embargo ¿ha conseguido la reforma de la ley societaria derogar jurídica y pragmáticamente la teoría del vínculo?

1.TEORIA DEL VINCULO

1.1 situación origen del debate

Desde el nacimiento del derecho de sociedades ha sido generalmente aceptado de modo pacífico, el criterio por el cuál se establece el sistema de remuneración e indemnización por cese en los casos de administrador único, administradores mancomunados y solidarios, así como su exclusión del ámbito laboral.

Ahora bien, cuando el órgano de administración de una sociedad reviste la forma de Consejo de Administración y éste a su vez delega las funciones ejecutivas en uno o varios consejeros, es cuando han nacido las vicisitudes en cuanto al mecanismo elegido para fijar sus retribuciones e indemnizaciones por cese.

En el primer caso expuesto, en el de un administrador único o varios de forma solidaria o mancomunada, la retribución viene acompañada de lo que comúnmente se ha denominado “*reserva estatutaria*”, dicha “reserva” a lo largo de la historia ha estado recogida en los distintos textos normativos, ***Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas***, en su **art 130** (o art 74 **LSA 1951** de idéntica redacción. Y en la posterior **Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (Ley 31/2014)** en su art 217. Por “reserva estatutaria” se entiende el principio por el cual la remuneración de los administradores sociales debe estar determinada los estatutos de la sociedad y estar fijada por la junta general.

Sin embargo, al encontrarnos ante un Consejo de Administración que delega las facultades ejecutivas en uno o varios consejeros, la situación práctica ha sido muy distinta, situación práctica que en varios fragmentos de la historia no ha caminado de la mano de la teoría jurisprudencial.

El problema se articula en dos vértices complementarios.

En primer lugar, debido a la delegación de las funciones ejecutivas en el consejero, hay un deslinde de funciones entre el consejo de administración y el

consejero ejecutivo, pasando este último a realizar funciones bastante similares a un personal de alta dirección dejando aquellas deliberativas al consejo.

En segundo lugar y en consonancia con lo comentado en el punto anterior, es de vital importancia entender, por una parte, cuáles son las funciones “inherentes al cargo” de administrador y cuales ha ido entendiendo que son la jurisprudencia a lo largo del tiempo.

Parte de la doctrina entiende que son las funciones deliberativas, aquellas inherentes a la administración de una sociedad, y por ende las que están al amparo de la reserva estatutaria en el ámbito de retribución, y en contraposición, aquellas funciones ejecutivas no se encontrarían inmersas dentro de ésta reserva estatutaria, si no que, al realizar el consejero funciones diversas que requieren un plus de dedicación y profesionalidad, cabría la estipulación de una retribución análoga y complementaria mediante un contrato entre el Consejo de Administración y el consejero delegado o ejecutivo.

Esto es lo que ha venido sucediendo en la práctica, revistiendo el contrato yuxtapuesto diferentes formas, tanto civil como laboral, hasta la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala 6.ª) de 29 de septiembre de 1988, dictada en el «caso Huarte»**, que con más o menos acierto, excluyó a los consejeros ejecutivos del ámbito laboral y entendió inherentes al cargo de administrador social las funciones de gerencia o ejecutivas que desarrollaba un consejero delegado.

1.2 Antecedentes de la Teoría del Vínculo: la tesis de la compatibilidad.

En el seno de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la corriente doctrinal del momento si bien abogaba por la reserva estatutaria de la fijación de las retribuciones, establecida en el **art 74** de la referida ley, sea cual fuere la forma elegida de administración de la Sociedad, aceptaba, y era común en la práctica, una yuxtaposición de contratos, en el caso de que a un consejero se le atribuyeran funciones ejecutivas.

Como exponía **J. Garrigues**, un defensor de esta tesis de compatibilidad de la época, el único requisito para que esto se diera es que dicho **consejero “esté**

ligado con la sociedad por un contrato de servicios profesionales en razón de las especiales funciones que le hubieran encomendado¹

Por lo tanto, el contrato entre el Consejo de Administración y el consejero o consejeros al que se le delegan las facultades ejecutivas de la sociedad revestía la forma de un contrato civil de arrendamiento de servicios.

De hecho, como hemos comentado, en la práctica entre las empresas de la época, no solo era una posibilidad, sino que, la compatibilidad entre la posición orgánica de administrador y la yuxtaposición de un contrato de naturaleza civil era la “*causa comunis*”, y la única condición exigida para recibir una retribución extra y análoga era que dicho contrato existiera y fuera realizado entre el consejero delegado que ejercía las funciones ejecutivas y el consejo de administración.

Si bien la solución pareciera ser satisfactoria, y “*a priori*” zanjar una posterior discordancia entre la práctica mercantil y la realidad jurídica, el argumento para establecer dicha superposición de contratos era frágil y ante él, la sombra del fraude era realmente intensa.

C. Paz Ares hace una crítica en su estudio “***el enigma de las retribuciones de los consejeros ejecutivos***” muy acorde con la opinión que expreso unas líneas atrás, expresando que la argumentación de los defensores de la compatibilidad:

“se sostenía mediante la distinción entre gestión de la sociedad y gestión de la empresa. La gestión de la sociedad sería el cometido típico del administrador, cuya retribución estaría sujeta al art. 130 LSA y el principio de soberanía que lo inspira. En cambio, la gestión de la empresa sería una tarea diversa, propia de los gerentes, cuya retribución se fijaría en el ámbito libre de la contratación de servicios. De esta suerte, sería posible que una misma persona reuniese ambas condiciones (de administrador y gerente), desapareciendo así los obstáculos para que tuviera dos relaciones (la societaria y la contractual) y dos retribuciones (la estatutaria y la profesional). Aun cuando algunos de los resultados alcanzados por esta vía me

¹ Citado por PAZ ARES, C. (enero de 2018). el enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos. *Indret*. pág. 11, en referencia a GARRIGUES, Comentario LSA, vol. II, pp. 197 y 93.

parecen razonables, no puedo compartir el expediente utilizado. La distinción entre gestión de la sociedad y gestión de la empresa es tan borrosa -o tan sutil- que resulta inoperativa. Imagínese si no, un administrador único de una sociedad que también es nombrado o se hace gerente de la empresa. ¿Acaso alguien podría deslindar cuándo actúa en la primera condición y cuándo en la segunda?²

Así pues, ante el razonamiento de argumentar el contrato análogo en una simple y difusa distinción entre “funciones de gestión de la sociedad” y “funciones de gestión de la empresa”, no existiría ningún mecanismo de control que evitara la situación de fraude que deja entrever **C. Paz Ares**, en el texto citado unas líneas atrás. Como podemos ver, se va observando la antesala de lo que sería la crisis de esta teoría.

En 1985 irrumpe el **Estatuto de los Trabajadores** (en adelante ET) y el **Real Decreto 1382/1985, del Personal de Alta Dirección** (en adelante RDPAD), y con ellos la segunda fase de la tesis de la compatibilidad. Con la entrada en vigor de estas normas, la jurisprudencia siguió entendiendo que la posibilidad de establecer un contrato entre el consejero ejecutivo y el consejo de Administración existía, pero ahora, ese contrato revestiría la forma de un contrato laboral de personal de alta dirección.

El “*quid*” de la cuestión radica aquí en el art 1.3 del ET y su interpretación.

Si bien este artículo en principio excluye del ámbito laboral al “*cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad*” la redacción es cuanto menos confusa, dando lugar a entender, de su interpretación literal, una diferenciación entre las funciones “inherentes al cargo” y al “mero desempeño del cargo de consejero”, que se corresponderían con aquellas funciones deliberativas y una segunda subclase que podría encuadrarse dentro de ella, aquel plus de dedicación y profesionalidad que se le requiere al consejero ejecutivo.³

² PAZ-ARES C. op.cit. pag. 11-12

³ Art 1.3 ET, “*se excluye de la actividad laboral: La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que*

Fue este camino, el de la interpretación literal del precepto, el que siguió la jurisprudencia en la década de los 80⁴. Entendiendo que cabría superponer a la relación societaria de un consejero ejecutivo, una relación laboral de alta dirección, derivada de la interpretación literal del art 1.3 del ET y el artículo 1.2 de la RDPAD, en el que las funciones del consejero se asemejaban con la descrita en tal artículo para el personal de alta dirección. Ejercer *“poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración”*.

De este modo, nos encontramos con una doctrina funcional, en la que es la especificidad de las funciones del consejero ejecutivo la grieta que permite la compatibilidad de una relación societaria y una relación laboral.⁵

1.3 Teoría del vínculo: Sentencia del Tribunal supremo 29 de septiembre de 1988, “Caso Huarte”.

El 29 de septiembre de 1988, el Tribunal supremo (Sala 6ª), cambia completamente el rumbo que había tomado la jurisprudencia después de la entrada en vigor del ET Y el RDPAD, tras dictar sentencia en el caso Huarte, originando con ella la Teoría del Vínculo.

Como hemos visto con anterioridad, la sombra del fraude, en la retribución extra por realizar funciones ejecutivas delegadas por parte de uno o más miembros del consejo de administración, es intensa, y con la *“praxis”* consistente en yuxtaponer un contrato laboral de alta dirección a aquella relación societaria

revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”

Art 1.2 RDPAD: *“Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”*.

⁴ Véase LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel: Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas, Cizur Menor: Aranzadi, 2004, pág. 68.

⁵ No es solo la especificidad de las funciones del consejero ejecutivo respecto a cualquier otro miembro del consejo de administración, si no, la similitud de sus funciones con aquellas que el art 1.2 RDPAD describe para “alto directivo”.

preexistente, no era distinto. De este modo La Teoría del Vínculo fue la respuesta de la jurisdicción ante el fenómeno de la “autocontratación”.

Esta era la postura que expresaba **A. Desdentado**, ilustre defensor de la Teoría del vínculo, afirmando que **“...era demasiado fácil que un administrador suscribiera con él mismo o con sus compañeros en el órgano de administración, un contrato de trabajo de alta dirección para hacer lo mismo que tiene que hacer como administrador, pero pudiendo pactar unas retribuciones o indemnizaciones que no están autorizadas por los estatutos. La finta es algo burda y para deshacerla surgió la denominada doctrina del vínculo a partir de la STS 29 de septiembre de 1988, luego reiterada en otras posteriores”**⁶

Introduciéndonos en las extrañas de dicho pronunciamiento, la argumentación utilizada, ha sido cuanto menos controvertido.

El Alto Tribunal en torno a 2 premisas claves, rechaza categóricamente la doble vinculación mercantil y laboral de cualquier administrador, sin importar la forma que adquiriera el órgano de administración de la sociedad.

Estas premisas son la delimitación de las “funciones inherentes al cargo” del consejero ejecutivo y la prevalencia de la relación societaria si hubiere concurrencia de funciones entre un consejero delegado y personal de alta dirección.

Respecto al primer argumento, la delimitación de las “funciones inherentes al cargo”, la piedra angular es la interpretación que se realiza del art 1.3 del ET. En contraposición con la doctrina funcional que hacía una interpretación literal del precepto, se hace una interpretación amplia a la exclusión de la laboralidad de este artículo, entendiendo que son funciones inherentes al cargo de administrador social, incluso la delegación de facultades de gerencia de la sociedad en un consejero ejecutivo, esto es, se entiende que es imposible

⁶ Citado por Juan José Tovar Rocamora en “ESTADO DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO” pág 3 en referencia de DESDENTADO BONETE A., Prólogo al libro de LIMÓN LUQUE M.A., “Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social”, Aranzadi, Pamplona, 2004, p.18

deslindar las funciones que realiza el administrador sin importar el modelo que adopte el órgano administración de una sociedad y que todas las funciones realizadas por él son “inherentes al cargo” y por lo tanto su retribución tiene que estar amparado por el principio de reserva estatutaria en cuanto a retribuciones que marca la LSC.

La segunda premisa en la que se sustenta la teoría del vínculo y que viene reseñada claramente en el Caso Huarte gira en torno a la concurrencia entre las funciones atribuidas al personal de alta dirección en el **art 1.2 RDPAD** y las funciones que la norma societaria atribuye al consejero delegado. Para encontrar la solución a esta disyuntiva, dice el Alto Tribunal, habría que desechar el aspecto funcional, y tomar en consideración la naturaleza del **vínculo** de dicha relación, y es que la conclusión que se extrae de esta pronunciación, como bien expresa el catedrático en derecho mercantil **C. Paz Ares**, es que *“Tratándose de la misma prestación de servicio, no pueden existir dos títulos jurídicos distintos –uno societario y otro laboral- para gobernarla; y si existen, uno debe eliminarse o quedar absorbido en el otro. La opción ha de tomarse atendiendo a la “naturaleza del vínculo”.*⁷ Así pues, la relación societaria absorbería la relación laboral.

Esta reacción por parte de la jurisprudencia laboral no calmó el debate, y la efectiva discordancia entre la práctica empresarial y el pronunciamiento del Alto tribunal conllevó el traslado del debate al orden civil.

Se tomó una solución puramente nominal, con una vuelta a los orígenes, esto es, ese contrato yuxtapuesto laboral de alta dirección volvería revestir la forma de un contrato civil de arrendamientos, esta solución fructificó, como por ejemplo en el Caso Mattel 2001⁸ si bien, sería cuestión de tiempo que el “germen” de la Teoría del Vínculo “infectase” también el orden civil.

⁷ PAZ ARES C. op.cit. pág.13

⁸ *“Se analizaba aquí el caso de un ejecutivo contratado por un grupo multinacional para dirigir su filial española, nombrándosele consejero delegado y previéndose una indemnización para el supuesto de cese no voluntario. En este caso, no se había formalizado un contrato laboral de alta dirección, sino un contrato civil de arrendamiento de servicios. La sentencia admitió la validez del pacto civil privado, distinto del contrato laboral, entendiendo además que las funciones que se atribuyeron al consejero delegado rebasaban las propias de los administradores «al ser de alta dirección y gestión”.* ARACELI MÜLLER LAMOTHE Y BRAIS PATIÑO LÓPEZ, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 24-2009, pág 89

. La fundamentación utilizada por la jurisprudencia para rechazar esta doble vinculación contractual y societaria era siempre el mismo, y no es otro que la imposibilidad de diferenciar entre las funciones ejecutivas y deliberativas, entendiendo todas ellas inherentes al cargo de administrador social, y por ello cualquier otra relación queda absorbida por el vínculo de la relación societaria. Eso si, en este caso, en vez de hacer énfasis en la interpretación amplia del artículo 1.3 del ET y su exclusión de laboralidad, la argumentación gira en torno al principio de soberanía estatutaria del art 130 de la antigua LSA y garantizar la función ordenadora del derecho de sociedades.⁹

2 REFORMA LSC 2014 PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

2.La esencia del problema: la correcta delimitación de las funciones inherentes al cargo.

De todo lo anteriormente explicado se saca una conclusión sencilla y a la vez de difícil resolución, la clave del problema radica en entender cuales son las funciones inherentes al cargo de administrador.

Esta pregunta, a priori, sencilla, no tiene una respuesta clara y uniforme. Es necesario entender que la práctica empresarial, así como la organización de las sociedades de capital es compleja y según la forma organizativa del órgano de administración de la sociedad adoptada, los cometidos inherentes al cargo de administrador distan mucho entre sí.

Es ahí en donde, a mi modo de ver, erraron los tribunales y defensores de la Teoría del Vínculo, en obviar la realidad práctica de los distintos tipos de sociedades y de las diversas formas de administración de una sociedad, catalogando jurídicamente del mismo modo a figuras que tienen unas funciones y una realidad pragmática totalmente dispares entre sí.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce básicamente 4 modelos de organización de las sociedades de capitales: Administradores Únicos, varios administradores

⁹ Véase C.PAZ ARES op.cit. pag 14-16 “victoria pírrica”

solidarios, varios administradores mancomunados y Consejo de administración¹⁰

Los tres primeros tienden a estar relacionados con sociedades de organización simple, no es casualidad el hecho de que sus características y principios provengan de las sociedades personalistas. Mientras que el último de ellos, el consejo de administración está altamente relacionado con sociedades de capital “grandes” y de organización complejas, siendo de hecho obligatoria su constitución en diversos casos remarcados en la ley¹¹

Hay que entender aquí, como se ha comentado anteriormente y han expresado grandes catedráticos del derecho de sociedades¹², que la realidad empresarial y por tanto el cometido inherente es variable en función de las características de la sociedad y por ende del modelo de administración escogido por ella.

Mientras que el deslinde de funciones en el seno de una sociedad de organización simple (administrador único, varios solidarios o mancomunados), no tiene sentido, al ser inescindibles las funciones que desarrollan y recaer todas ellas en la misma, o mismas personas, en el caso de las sociedades complejas (consejo de administración) el debate cobra sentido, al existir la delegación expresa de las funciones ejecutivas.

2.1 Dualidad de funciones de los consejeros delegados

C. Paz Ares en su estudio impulsor de la reforma societaria anteriormente citado **“el enigma de las retribuciones de los consejeros delegados”**, aboga por una distinción entre el consejero que realiza las funciones deliberativas y ejecutivas, cuando el órgano de administración adquiere la forma de consejo de administración y en el seno de este se delegan facultades ejecutivas en la figura del consejero delegado.

¹⁰ ALVAREZ RUBIO, J., CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E., GADEA SOLER, E., GOZALO LÓPEZ, V., LAFUENTE SUÁREZ, M., & TOMILLO URBINA, J. (2016). Derecho de sociedades. DYKINSON. Pág. 149.

¹¹ La ley exige la constitución de Consejo de administración en sociedades cotizadas art 528 LSC y en las denominadas sociedades especiales.

¹² PAZ ARES, C. op.cit. pág.22-23 *“no obstante, el cometido inherente al cargo de administrador no existe en abstracto. Lo que existen son diferentes cometidos inherentes al cargo de administrador en cada una de las distintas estructuras del órgano de administración. En otros términos, acaso más exactos: el concepto de cometido inherente al cargo no es un concepto de contenido fijo, sino un concepto de contenido variable, que depende de la forma de organizar la administración de la sociedad en cada caso. Aquí estriba la clave” pag 22-23.*

Como hemos comentado antes la clave está en la delegación de facultades ejecutivas en el consejero delegado.

El autor articula su argumentación en la realidad empresarial y en la imposibilidad del consejo de administración en realizar efectivamente las funciones ejecutivas:

“la imposibilidad práctica de que el consejo de administración “administre” o “gestione” la sociedad de manera directa y continua determina la imposibilidad teórica de entender comprendido dentro del cometido inherente al cargo de consejero el desempeño de las funciones ejecutivas y, en consecuencia, la imposibilidad de estimar que la retribución de dichas funciones debe acomodarse a la previsión general de retribución de los administradores contenida en los estatutos, que naturalmente se refiere al cometido inherente al cargo. El corolario que resulta de ello es la posibilidad –o, si se prefiere, la legitimidad- de la retribución separada de los consejeros ejecutivos por el propio consejo”¹³.

Diferencia por lo tanto entre aquellos “consejeros ordinarios” que ostentan la función deliberativa, como aquella que viene atribuida “per se” con la designación de consejero por la junta, cuyos cometidos están ligados con la supervisión y, los consejeros que, a parte de ostentar la condición de consejero ordinario, realizan las funciones de gestión de la sociedad, mediante un acuerdo de delegación con el consejo de administración.¹⁴ Esta distinción radica no solo en el plano procedimental¹⁵, si no en el propio contenido de esas funciones, estando la función deliberativa estrechamente relacionada con la decisión de la estrategia de la sociedad, de naturaleza política e interrumpida, centrándose la función ejecutiva en aspectos más técnicos de la gestión ordinaria de la sociedad, de naturaleza marcadamente individual y continuada.

Según esta argumentación es imposible encuadrar las funciones que desarrolla la figura del consejero delegado dentro de la definición utilizada en el art 1.3 del

¹³ PAZ ARES, C. op. cit. Pág.19

¹⁴ En este sentido, no es de interés el mecanismo de delegación, en otras palabras, la forma usada, lo realmente importante es la existencia de dicha delegación.

¹⁵ Cuando se dice “procedimental” tenemos que entender que las decisiones, funciones, que realiza el Consejo de administración son decisiones colegiadas, tomadas normalmente en las reuniones del consejo de manera intermitente, mientras que el consejero delegado, actúa de manera marcadamente mas individual y continua.

ET “pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de órgano de administración”. Recordemos que era uno de los vértices argumentales en los que se sostenía la sentencia fundacional de la Teoría del vínculo en el Caso Huarte.

En materia de remuneración es lógico entender pues, que el principio de reserva estatutaria afecta solo a la remuneración de los llamados “consejeros ordinarios” y que el “plus” de dedicación que se espera de un consejero ejecutivo pueda ser estipulado por un contrato posterior entre el consejo de administración y el mismo consejero ejecutivo.

Es realmente interesante, como expone el autor, hacer hincapié en que, cuando la junta designa a los miembros del consejo de administración, designa consejeros ordinarios, es decir aquellos que se encargan de la estrategia y supervisión. Para ejercer las funciones ejecutivas dentro del consejo, la práctica estipula que se requiere, aparte de la designación de la junta, un acuerdo de delegación posterior y yuxtapuesto entre el consejero delegado y el consejo de administración, el simple hecho de necesitar este acuerdo adyacente remarca la idea del deslinde de funciones claro que existe en estos casos.¹⁶

2.2 Resultado Final: Ley 31/2014 para la mejora del Gobierno corporativo

Finalmente, las discrepancias entre las distintas realidades prácticas y la inflexible posición jurídica marcada por la “teoría del vínculo” se ven, a priori, resueltas con La actual reforma de la ley de sociedades en donde queda patente

¹⁶ PAZ ARES, C. op. cit, pág.24-25. En relación con la definición de consejero ejecutivo y no ejecutivo del informe Higgs de 2003: *“(en virtud de mi designación como miembro del órgano asumo la función deliberativa (y la obligación colegiada de participar en las sesiones del consejo, que normalmente se ocupará de seleccionar a los ejecutivos, instruirlos –estrategia- y vigilarlos), pero en modo alguno asumo la función ejecutiva (y la obligación individual del day-to-day management que le es inherente). Para ello, sería preciso que el consejo acordara mi ulterior nombramiento como ejecutivo mediante la correspondiente delegación de facultades y que yo aceptara esa “nueva” responsabilidad. En consecuencia, el cometido inherente al cargo de un administrador en esta forma compleja de organización es solamente la función deliberativa o, si se prefiere, con las matizaciones hechas, la función política de supervisión. La retribución estatutaria debe contraerse, por tanto, a este cometido limitado”*.

la influencia de la doctrina contraria a la teoría del vínculo representada entre otros por C Paz ARES.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, sigue casi de manera literal las líneas marcadas por el Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 y OECC 895/2013, de 21 de mayo, de donde pasa a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la LSC del Ministerio de ECC y al Consejo de Ministros para convertirse en Proyecto de Ley.

En la citada ley finalmente se estipula esa “variabilidad” de las funciones inherentes al consejero, formulando distintos regímenes de retribución dependiendo si nos encontramos ante un consejero “ordinario” o un consejero ejecutivo. El artículo 217, mantiene el principio de reserva estatutaria en el sistema de retribuciones, estipulando que sea la junta la que indique el concepto o conceptos retributivos.¹⁷ ahora bien, introduce la primera seña de diferenciación entre las dos clases de consejeros en su punto 2 ***“El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes”***¹⁸

Una de las grandes novedades de la reforma la encontramos en el art 249, recoge un sistema por el cuál, en principio¹⁹ la retribución de los consejeros

¹⁷ (En cuanto a los importes concretos, el art 217.3, remarca que es cometido del consejo de administración designar la cantidad ateniéndose a la responsabilidad y funciones de cada consejero ****De este modo se resuelve con claridad una de las dudas que tradicionalmente se venía planteando sobre la competencia para determinar los importes exactos de las retribuciones y, simultáneamente, parece que queda igualmente claro, si es que no lo estaba ya con anterioridad, la no necesidad de consignar dichos importes en los estatutos. Esto es, queda definitivamente proscrita la denominada doctrina del milímetro.*** RUÍZ MUÑOZ, M. (2015). *La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la ley 31/2014 y el ALCM)*. Madrid: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 860-893. ISBN 978-84-89315-79-2- pág.881

¹⁸ La reforma introduce la expresión “en su condición de tales”, entiendo, al igual que como veremos más adelante, entendió la jurisprudencia menor, la jurisprudencia registral, así como una amplia mayoría de la doctrina, que la introducción de dicha aclaración, aun no siendo del todo clara, hace referencia a una distinción entre las funciones inherentes de los administradores y por lo tanto a la existencia de dos clases de consejeros.

¹⁹ De la redacción de la ley, resulta bastante claro, que el art 249.3 es una regla especial, redactada para solucionar la importante discordancia que ha habido entre la práctica y la teoría del vínculo. Basándonos en los principios del Derecho español ley especial deroga a general, sin embargo, la utilización de la

ejecutivos no tendrá que estar sometido al principio de reserva estatutario que marca el art 217 LSC, si no, que, dicha remuneración será fijada por el consejo de administración mediante un contrato obligatorio entre el consejero y el consejo.

Ahora bien, el art 249.3, no entra a definir lo que se entiende por consejero ejecutivo, simplemente se limita a reseñar, que los que ejerzan la función de consejero en calidad de consejeros ejecutivos, el sistema, así como el importe retributivo deberá estar fijado en el contrato con el consejo de administración.

Para encontrar dicha definición tenemos que acudir análogamente al régimen de las sociedades cotizadas, y en particular al art 529 duodecies LSC, en donde el legislador realiza una clasificación de los distintos tipos de consejeros:

“1. Son consejeros ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella. No obstante, los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad tendrán en esta la consideración de dominicales.

Cuando un consejero desempeñe funciones de dirección y, al mismo tiempo, sea o represente a un accionista significativo o que esté representado en el consejo de administración, se considerará como ejecutivo.

2. Son consejeros no ejecutivos todos los restantes consejeros de la sociedad, pudiendo ser dominicales, independientes u otros externos “.

Se entiende pues, a raíz de la redacción de este artículo y de su aplicación análoga al régimen de las sociedades de capital que, cualquier consejero que desempeñe funciones más allá de las de deliberativas y de supervisión, en otras palabras, aquellos consejeros que realicen funciones ejecutivas, de gestión y dirección, no quedan sometido a las reglas generales del art 217, y sí a la regla

expresión “en principio”, no se utiliza de forma casual, como se explicará al final de este trabajo, el TS se niega a aceptar este hecho y superar la doctrina del vínculo.

especial del art 249.3, quedando a disposición del consejo administración el control total del sistema retributivo así como de su cuantía.

La ley, consciente de la posible falta de control y del posible abuso de dicho artículo por parte de los administradores, establece varias cautelas a seguir.

Así las establece el art 249.3 que el contrato ***“deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.”***

Por su parte el art 249.4, remarca que todas las retribuciones, así como su cuantía deberá estar perfectamente identificado en el contrato celebrado entre el consejero y el consejo, no permitiéndose en ningún caso que, el consejero ejecutivo perciba retribución alguna si ésta no estuviere estipulada en el contrato.

A modo de síntesis, podemos observar que el principio de reserva estatutaria se mantiene, pero solo afecta a los administradores o consejeros “ordinarios”. Ya que la expresión de dicho precepto “en su condición de tales” en consonancia con la regulación especial del art 249.3 para los consejeros ejecutivos indican, a priori, la superación de la interpretación amplia y estricta, del cometido inherente a los consejeros, que esgrimía la sentencia del Caso Huarte al art 1.3 del ET, piedra angular de la doctrina del vínculo.

2.3 consejero ejecutivo: ¿Relación Laboral o mercantil?

A lo largo de este trabajo, hemos analizado la evolución en cuanto a la regulación de los consejeros ejecutivos, si bien la práctica abogaba en la mayoría de los casos por establecer un contrato entre el consejero y el consejo de administración para que fuese este ultimo el encargado de fijar la retribución por las funciones ejecutivas de dicho consejero, no ha sido hasta la reforma de la ley de sociedades de 2014, que la ley ha recogido esta posibilidad.

Ahora bien, hemos podido observar que esta relación contractual yuxtapuesta ha revestido diferentes formas, encuadrándose dentro del derecho civil en un inicio, pasando por el ámbito laboral mediante la aprobación del ET y el RDPAD,

siendo incluso prohibida por la famosa sentencia fundacional de la Teoría del Vínculo...pero, hoy en día ¿podríamos encuadrar el contrato yuxtapuesto entre el consejo de administración y el consejero delegado con funciones ejecutivas como una relación laboral o mercantil?

En primer lugar, habría que analizar dos factores, primero, si los consejeros cumplen con las características propias de la laboralidad. Y segundo, si efectivamente los consejeros ejecutivos se encuentran dentro de la exclusión de laboralidad del art 1.3.

Del art 1 del ET²⁰, se pueden sacar las notas que deben concurrir para encontrarnos ante una relación laboral y son, ajenidad, retribución, dependencia y voluntariedad. La doctrina laboral entiende que estas cuatro notas características de la laboralidad se cumplen en el caso de un consejero delegado así incluso fervientes defensores de no catalogar dicho contrato como laboral lo admiten, A.DESDENTADO BONETE y E.DESDENTADO BAROCA en su ensayo “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios” Exponen: ***El administrador, en la medida en que no es únicamente un órgano de la sociedad, trabaja por cuenta ajena, sin perjuicio de las precisiones que la jurisprudencia social ha establecido, con mayor o menor acierto, sobre la posición del administrador con control. Hay también dependencia, en la forma descrita con anterioridad, tanto en la relación junta general-administrador, como en la relación consejo de administración-consejeros delegados. Por su parte, el administrador puede ser retribuido o no, aunque lo normal en la práctica es que el cargo sea retribuido; y, desde luego, se trata de una actividad voluntaria, puesto que el nombramiento debe ser aceptado y el administrador puede también dimitir***”.²¹

Respecto a la ya mencionada exclusión de laboralidad del art 1.3, de su redacción no deja las cosas claras, intuyéndose de ella, que dicha exclusión solo

²⁰ ART 1 ET “1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

²¹” DESDENTADO BONETE, A., & DESDENTADO AROCA, E. (2009). En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios. *REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN* 83, pág.54

opera en el caso de consejeros “ordinarios” o aquellos que se encargan de “*La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.*”

Atendiendo a la nueva regulación en materia de retribuciones de la ley 31/2014 y a la efectiva distinción que realiza entre consejeros ordinarios y consejeros ejecutivos en materia de retribución, parece entenderse que el art 1.3 del ET, que hasta ahora se veía huérfano de respuesta por parte del derecho de sociedades, se ve complementado por la LSC, en el sentido de que, solo los consejeros “ordinarios” o no ejecutivos, son aquellos cuya actividad se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero, y por lo tanto solo estos estaría excluidos del régimen laboral.²²

Una parte minoritaria de la doctrina así lo considera, Sin embargo, la inclusión de los consejeros ejecutivos dentro del ámbito laboral no se ve con buenos ojos por parte de la doctrina mercantil²³, parte de la doctrina laboral²⁴ y por los tribunales españoles²⁵ así DESDENTADO BONETE Y DESDENTADO

²² Véase Juan José tovar Rocamora op. cit, SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y. (2015) *Estatuto jurídico del alto directivo laboral y reforma del Derecho de Sociedades*. Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social (118). ISSN 2254-3295 (En prensa).

²³ RUIZ MUÑOZ, M. op. cit. Pág.888 “Otra cuestión, en la que no entramos en este momento, es la relativa a la naturaleza jurídica del contrato, si debe ser calificado de mercantil o de laboral, si bien a nuestro juicio estamos más por lo primero que por lo segundo”.

²⁴ GARCIA PERROTE, I. (2015). un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con “omnicomprensividad retributiva”. *Derecho de las relaciones laborales*, ISSN 2387-1113, Nº. 2, 178-184. Y el citado artículo de DESDENTADO BONETE Y DESDENTADO AROCA.

²⁵ El argumento que se reitera en todas las sentencias es que, coexistiendo dos tipos de relaciones, mercantil y laboral, hay que dejar de lado las funciones que se realizan y atenerse al vínculo de la relación, esto es, al vínculo mercantil. Se puede ver que la Teoría del Vínculo sigue arraigada en los tribunales español.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, nº 7437/2015, de 28 de diciembre 2015 -EDJ 2015/263529

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, nº 1792/2015, de 30 de septiembre de 2015 -EDJ 2015/184800

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, nº 837/2015, de 8 de abril de 2015 -EDJ 2015/143185-

BAROCA, tras analizar las notas características de laboralidad y la exclusión del art 1.3 afirman lo siguiente:

“La exclusión resulta acertada por dos razones. En primer lugar, porque en el caso de los administradores no cabe apreciar, como regla general, ninguna de las causas que justifican la intervención tutelar del Derecho del Trabajo. Más bien se da el caso contrario: en la mayoría de los supuestos el problema consiste en proteger a la sociedad de sus administradores. En segundo lugar, porque la duplicidad de regulaciones legales y la concurrencia de órdenes jurisdiccionales tienen consecuencias muy negativas, como muestra la experiencia”²⁶

Tras este breve estudio a la cuestión, aún cuando cierta parte de la doctrina considera que la reciente reforma del sistema de retribuciones de los consejeros delegados abre la posibilidad de interconexión entre el derecho mercantil y el laboral, llegando incluso a proponer la idea de un “Estatuto jurídico del alto directivo laboral”²⁷, considero que sería desvirtuar nuestro ordenamiento jurídico.

La teoría del vínculo, si bien era inflexible y no proporcionaba soluciones a un problema real que existía en el seno de las grandes sociedades de capital, no era un despropósito carente de sentido ninguno. Una vez superada su inflexibilidad, y habiendo abierto la LSC un camino hacia la diferenciación de funciones, cometidos inherentes y de sistemas retributivos entre consejeros, es de gran utilidad atenerse a remarcar y reutilizar parte de su argumentación en aras de discernir esta cuestión. Esta línea argumental es aquella que excluía la laboralidad de los consejeros ejecutivos al entender que la relación orgánica societaria absorbía la contractual laboral, y es que, una misma función o cometido no puede estar doblemente categorizado como mercantil y laboral, así que, en este sentido si veo razonable atenerse al vínculo mercantil y no a la similitud de funciones entre un consejero ejecutivo y un personal de alta dirección, es de hecho la senda que está siguiendo la doctrina y la jurisprudencia reciente.

²⁶ DESDENTADO BAROCA, A. y DESDENTADO BONETE, E. op. cit. Pág.54

²⁷ SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y. op. cit. (PONER BIEN BIBLIOGRAFÍA)

El derecho mercantil no define el “*nomen iuris*” del contrato entre el consejero y el consejo de administración, pero se encarga de regular el contenido esencial de ese contrato, así como las posibles cautelas en el conflicto de intereses, y es esto, en mi opinión, lo importa y el camino que debería seguir el legislador mercantil.²⁸

3.Estado actual de la “Teoría del vínculo

3.1 situación posterior a la reforma: distanciamiento de la “jurisprudencia menor” de la teoría del vínculo

Tras muchos años de inseguridades jurídicas en el tema del sistema de retribuciones de los consejeros ejecutivos, la reforma LSC 2014, parecía poner fin a un sinfín de contradicciones doctrinarias y normativas.

La introducción efectiva del art 249.3 y .4, y con ella la distinción entre consejeros “ordinarios” o deliberativos y consejeros delegados o ejecutivos, zanjaba a priori, la eterna discusión sobre el modelo a seguir en cuanto a sus retribuciones. Así este articulado como hemos expuesto anteriormente establece el principio de reserva estatutaria en materia de retribuciones para los consejeros deliberativos en el art 217, sin embargo en el artículo 249.3 se establece una “*lex specialis*” en el caso de las retribuciones de los consejeros que le han sido delegadas funciones ejecutivas, y así, será el consejo de administración el encargado de fijar el sistema retributivo mediante un contrato, contrato el cual lleva aparejadas unas cautelas para evitar el abuso de la norma y un posible conflicto de intereses.

Si bien la mayoría de la doctrina consideraba zanjada el debate, una parte minoritaria de la doctrina, entendía que la aplicación del art 249.3 era cumulativa al art 217 y no actuaba como “*lex specialis*”²⁹

²⁸ Véase GARCIA PERROTE, I. op. cit.

²⁹ FERNANDEZ DEL POZO, L. “El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas”, RDM 297 (2015), pp. 199 ss. y “Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos con los estatutos y con el acuerdo de junta del art. 217 LSC”, La Ley Mercantil, 18 (2015), pp. 25 ss

GUERRERO TREVIJANO, C., “Viejos y nuevos problemas en la regulación de la retribución de los consejeros en sociedades cerradas”,

Esta es sorprendentemente la línea argumental que sigue la STS 26-2-2018 que analizaremos más adelante.

Bajo el amparo de la actual LSC han transcurrido los años posteriores de esta reforma, e incluso fervientes defensores de la teoría del vínculo han aceptado pacíficamente la normativa expuesta por el legislador. Las grandes sociedades de capital veían así un marco de seguridad jurídica para fijar las retribuciones de sus consejeros que además de ejercitar las funciones deliberativas propias de cualquier consejero, ejercían por delegación del consejo de administración aquellas funciones ejecutivas.

De esta situación pacífica se hizo eco la llamada jurisprudencia “menor” y la jurisprudencia “registral”, que no tardaron en distanciarse rápidamente de la famosa teoría del vínculo.

Así encontramos sentencias que no dudan en distanciar su línea argumental de la antigua teoría del vínculo, como exponente de todas ellas tenemos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de junio de 2017, posteriormente casada por la STS que será objeto de estudio en el epígrafe posterior.

La argumentación de esta sentencia es la previsible al estudiar detenidamente el informe de comisión de expertos de 2013 junto a la LSC 2014 y dice así:

“El art. 249.3 y 4 establece un régimen propio de remuneración del consejero ejecutivo, separado del régimen general del art. 217, para el que no existe reserva estatutaria ni intervención de la junta en la determinación del importe máximo”. Este criterio se justifica más tarde recordando que “las funciones inherentes al cargo del administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración [...] La función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación de facultades o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de consejero como tal. Es una función adicional que nace de la relación jurídica añadida [...] que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. La retribución debida por la prestación de esta función

ejecutiva no es propia que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero”³⁰

Básicamente sigue las líneas que una gran parte de la doctrina y sobre todo la práctica han ido defendiendo antes y después de la reforma: la diferenciación entre distintas clases de consejero, la posibilidad de yuxtaponer a la condición de consejero deliberativo un contrato por las funciones ejecutivas y por último la variabilidad de las funciones inherentes al cargo de consejero dependiendo de las características de la sociedad y sobre todo de la forma de administración social adoptada.

No nos olvidemos que, la especificidad del modelo organizativo, así como las características únicas de las retribuciones de los consejeros delegados, las hace idóneas para ser acordadas por el consejo y no por la junta, así lo entiende C PAZ ARES: ***“el carácter complejo, cambiante, específico o idiosincrático, negociado y estratégico de***

los paquetes retributivos de los consejeros ejecutivos de la sociedad los hace inidóneos para ser fijados estatutariamente y sometidos a la aprobación de la junta general. El órgano natural para hacerlo –como enseña la teoría de las organizaciones y la experiencia del derecho comparado– es el consejo.”³¹

No solo fue la llamada “jurisprudencia menor” la que rápidamente abandonó la teoría del vínculo, es realmente importante analizar la llamada “jurisprudencia registral” o, en otras palabras, las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante RDGRN).

La gran mayoría de las resoluciones decidieron, después de la reforma LSC 2014 adoptar la línea argumental de la doctrina defensora de abandonar definitivamente la teoría del vínculo³², analizaremos brevemente la que

³⁰ PAZ ARES, C. (abril de 2018). Perseverare diabolicum (A propósito de la STS 26-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos). *Indret*, en relación con la SAP 20-VI-2017.

³¹ PAZ ARES “perseverare diabolicum” op. cit. Pag.5-6 con relación al estudio C. PAZ-ARES, “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores”, La Ley 7136 (17-III-2009), pp. 4-5.

³² V. RDGRs 30-VII-2015 (RJ 2015\4249); 5-XI-2015 (JUR 2015\277623), 10-V-2016 (RJ 2016\3014)

considero que es el mayor exponente de ellas la **RDGRN 17-VI-2016 (RJ 2016\4008)**.

Un notario de Palma de Mallorca, se niega a incluir una cláusula por la cuál se permite a la celebración de un contrato entre el consejo y el consejero delegado para la efectiva imposición de su sistema retributivo, la cláusula dice literalmente: ***“El cargo de administrador será gratuito, a excepción del desempeño por el Consejero Delegado don C. B. H., el cual desempeñará funciones de dirección efectiva de la sociedad, que será remunerado, mediante la formalización de un contrato de trabajo y causando alta en la Seguridad Social. El importe de dicha retribución se acordará anualmente en Junta General Ordinaria de Socios”***.³³

Para dicha denegación argumenta que la retribución debe determinarse en los estatutos, según el art 217 LSC. Ante dicha denegación si interpone recurso, formulando que la remuneración de los consejeros ejecutivos queda vinculada con el art 249.3, y por lo tanto en un contrato entre consejero y consejo.

La resolución de dicho recurso, se vertebra también en lo ya expuesto anteriormente, la mención que hace el art 217, entre administradores “en su condición de tales”, más la regulación del art 249.3 y 4 deja claro que existen dos normativas aplicables en cuanto al sistema de retribuciones, en el primer caso, aquellos en su “condición de tales” o en funciones deliberativas que queda regido por el régimen del art 217 LSC y en segundo lugar la retribución del consejero que ejerce funciones ejecutivas por delegación del consejo, que queda regido por el art 249.3 y 4 y el principio contractual.

Así pues, dicha resolución estima el recurso con la siguiente reflexión final:

“De las anteriores consideraciones se desprende que debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador –con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal– añada que el desempeño del cargo de consejero delegado será remunerado mediante la formalización del correspondiente contrato. Y a esta remuneración por el ejercicio de

³³ Hechos I **RDGRN 17-VI-2016 (RJ 2016\4008)**.

funciones que, al ser añadidas a las deliberativas, constituyen un plus respecto de las inherentes al cargo de administrador «como tal» no es aplicable la norma del artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital que impone la reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores en cuanto tales. Por ello, ninguna objeción puede oponerse a la disposición estatutaria que exige que el importe de dicha remuneración se acuerde anualmente en junta general de socios; previsión que, por lo demás, se ajusta a la exigencia legal de que el referido contrato sea «conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general» (artículo 249, apartado 4 i.f. de la misma Ley)”.³⁴

Esta amplia y sobre todo rápida interpretación de la LSC 2014, no hace más que confirmar, la inmensa discordancia entre la teoría del vínculo y la práctica mercantil y ponen de manifiesto la necesidad que había de reformar los preceptos de remuneración de los consejeros ejecutivos y adaptarlos a las circunstancias fácticas. Es precisamente esto, la amplia cantidad de doctrina concordante y el extenso consenso que existía entre la doctrina, práctica y jurisprudencia, lo que hace realmente intrigante la pronunciación del Tribunal Supremo el 26 de febrero de 2018 actuando en casación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona anteriormente citada.

3.2 La irrupción de la STS 26-2-18

No es motivo de este estudio, el análisis completo y detallado de este pronunciamiento, que podría ser perfectamente contenido de un trabajo diferente e independiente si bien, es necesario conocer al menos a *grosso modo* el contenido y la importancia de esta sentencia para el tema que estamos tratando, es por eso que, en este epígrafe, trataremos de analizar breve y objetivamente las motivaciones, así como las líneas argumentales de dicha sentencia³⁵.

³⁴ Fundamentos de Derecho 4. **RDGRN 17-VI-2016 (RJ 2016\4008).**

³⁵ Véase también “La remuneración de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018” de la revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 1578-956X / 48-2018 / 144-149. Y C PAZ ARES “perseverare diabolicum” op. cit., sobre todo con relación a distinción de los tres pilares argumentales de la sentencia.

En primer lugar, empieza el alto tribunal recordando los antecedentes de hecho, no nos detendremos en esta parte al estar resumidos en epígrafes anteriores, no nos olvidemos que esta sentencia actúa en casación de la SAP 30-6-2017.

Entrando en los fundamentos de derecho de la sentencia, estos se subdividen en 7: **primero**. “*antecedentes de hecho*”, **segundo**. “*Formulación del recurso de casación*”, **tercero**. “*La retribución de los administradores sociales antes de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre*”, - **cuarto**. “*La reforma del TRLSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre*”, **quinto**. “*La tesis de la Audiencia Provincial y de la DGRN sobre la significación de la reforma*”, **sexto**. “*Significado de la reforma. La reserva estatutaria del sistema de remuneración y el contrato concertado con los consejeros delegados o ejecutivos*”, **séptimo**. “*Costas y depósito*”

Nos detendremos a estudiar los fundamentos cuarto, quinto y sexto, al encontrarse ahí el grueso de la línea argumental utilizada por el tribunal supremo para desestimar el pronunciamiento de la AP de Barcelona.

La línea argumental del Alto Tribunal está sostenida por tres grandes pilares, en primer lugar, la negación de un conflicto de preceptos normativos entre el art 217 y 249, que según el principio *lex specialis derogat lex generali*, se resolvería aplicando la ley especial sobre la ley general, esto es, aplicando el art 249 frente al art 217 en materia de retribuciones de los consejeros ejecutivos. Sin embargo, entienden que aquí no existe tal conflicto y que ambos preceptos son complementarios y no excluyentes entre sí, basando dicha argumentación en una simple interpretación sustantiva de los preceptos de la ley, haciendo referencia al título genérico del art 217 LSC “remuneración de los administradores” y que su primer apartado hable del “cargo de los administradores” sin precisar ni diferenciar si nos encontramos ante un consejero ordinario o ejecutivo. Prosiguen desarrollando y apoyando este primer pilar argumentativo con el art 209 LSC³⁶ y realizando una reflexión de la expresión

³⁶ Art 209 LSC: *Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.*

Así pues, acuden a dicho precepto para remarcar la supuesta inclusión dentro de las funciones inherentes al cargo de administrador, de las funciones de gestión.

“en su condición de tales”, entendiendo que las funciones ejecutivas entran dentro de esta definición ya que “*nadie da lo que no tiene*”.

En segundo lugar, y como segundo pilar argumental del pronunciamiento, los magistrados aluden a un supuesto vaciamiento de contenido y aplicación práctica de los preceptos 217.2 , 218 y 219, que hacen referencia a los conceptos retributivos de los administradores “en su condición de tales”, entiende que en la práctica (y sobre todo los conceptos retributivos descritos en los art 218 y 219) son característicos de los consejeros ejecutivos y que, de entender que la expresión “en su condición de tales” solo hace referencia a los consejeros ordinarios o deliberativos, como hemos comentado unas líneas atrás, quedarían vacíos de significado práctico.

Por último, llegamos al tercer pilar argumental del pronunciamiento, en el que hacen referencia “*a emociones o sentimientos de nuestro tiempo*”³⁷ como son la transparencia y el control. Defiende la sentencia que, adoptando la posición de la doctrina mayoritaria, la AP de Barcelona y el DGRN, la transparencia del sistema retributivo de los consejeros ejecutivos se ve gravemente mermada restringiendo las capacidades de control de la junta general perjudicando por lo tanto a los socios minoritarios.

3.2 Reacción doctrinaria a la STS 26-2-2018

Nos alejaremos en este epígrafe del análisis objetivo, y hondaremos en la reacción doctrinal a este pronunciamiento. La reacción mayoritaria de la doctrina viene acompañada con una dura crítica a la sentencia, no en vano, reaviva un debate que se había visto superado con el nuevo marco legal.

C.PAZ ARES en su estudio “**perseverare diabolicum est**” nos servirá de adalid de esta corriente crítica. Estructura su crítica en base a los tres pilares argumentales del pronunciamiento anteriormente descritos, en primer lugar y el

³⁷ Expresión utilizada por ARES PAZ, C. en *perseverare diabolicum* op. cit. Pág.9.

Aún teniendo esta primera parte del análisis de la sentencia, un carácter objetivo, y siendo el estudio de C, PAZ ARES, una crítica abierta a dicha sentencia, considero que esa expresión utilizada es la idónea para describir este tercer pilar argumental. Otros autores utilizan el término “político” al referirse a este tercer pilar argumental.

principal, la necesidad lingüística de la sentencia, prosigue con la necesidad sistemática y por último por la supuesta necesidad valorativa.³⁸

Antes de entrar en el estudio detallado de la crítica, veo interesante detenerse en una reflexión previa que esgrime el autor ante la citada sentencia, opina que la reforma del legislador está claramente direccionada a abrogar la doctrina del vínculo y que, así, han actuado las sociedades de capital, bajo el manto de seguridad jurídica que le proveía la LSC y las posteriores reacciones jurisprudenciales y registrales. Es por ello por lo que critica con dureza el pronunciamiento, y cito literalmente:

“No sé si los magistrados que firman la resolución han medido bien sus consecuencias, que son graves para quienes han actuado en la confianza legítima despertada por el nuevo marco legal. Si las retribuciones satisfechas son nulas por carecer de cobertura estatutaria y no haber sido aprobadas por la junta y consiguientemente tienen que ser restituidas, ¿cómo se va a compensar el trabajo realizado? ¿cabe acaso apelar a la doctrina del enriquecimiento injusto? El agraviado no es solo el consejero cuya retribución queda puesta en entredicho. También puede serlo la propia sociedad, pues si no reclama la restitución, se verá obligada a soportar un coste adicional no leve: la imposibilidad de deducir como gasto de su base imponible los emolumentos satisfechos ¿Quién se hace cargo, ¿quién va a reparar estos destrozos?”³⁹

Ciertamente, esta sentencia, lejos de servir como instrumento para el esclarecimiento y la armonización de los textos legales, sacude completamente el criterio pacífico acogido por la comunidad jurídica tras la reforma de los preceptos referentes a la retribución de los consejeros ejecutivos en la LSC, y abre una senda de inseguridad jurídica, a mi modo de ver totalmente innecesaria y carente de justificación, C PAZ ARES duda incluso de la veracidad del caso *“La sentencia resucita o desempolva la doctrina del vínculo alineándose con el único autor que numantamente la siguió defendiendo tras la reforma, el cual,*

³⁸ PAZ ARES, C. “perseverare diabolicum” op. cit. Pág.9

³⁹ PAZ ARES, C. “perseverare diabolicum” op. cit. Pág.7-8

*por esas raras coincidencias que nos depara el destino, resultó ser el recurrente”.*⁴⁰

Continuando con la crítica que se realiza en este estudio, el autor comienza por rebatir los argumentos utilizados por los magistrados del Alto Tribunal referentes al primer pilar argumental <<**La supuesta necesidad lingüística de la tesis del Tribunal Supremo: el problema de la lex specialis**>>.

Recordemos que la tesis expuesta por el Tribunal Supremo es la cumulativa entre el art 217 y el art 249 LSC y que niega el conflicto entre ambos preceptos. Según el autor, esto nos llevaría a un exceso de regulación y a despojar totalmente de sentido autónomo y funcionalidad la reforma de la legislación y las innovaciones introducidas en el art 249.3⁴¹, probablemente el Tribunal es consciente de ello, afirma C.PAZ ARES, e intenta dotar a este artículo de sentido autónomo mediante la *concreción y protección*.

La función de concreción entiende que sigue sin dotar de sentido autónomo al art 249.3, ya que en el art 217.3 ya está prevista la facultad del consejo para distribuir las remuneraciones entre los consejeros de acuerdo con el máximo fijado por la junta general.

En cuanto a la protección, el Tribunal se refiere a que el contrato es *“el medio adecuado de plasmar el consentimiento del consejero delegado o ejecutivo no solo en la aceptación del cargo sino también en su vinculación a los concretos términos retributivos y de toda índole en que se haya negociado su nombramiento”*⁴². Si bien hace referencia, en mi opinión acertadamente, C PAZ ARES, a que la naturaleza del contrato no es proteger al consejero ejecutivo si no servir como *“dique de contención”*, como se deduce de la literalidad del art 249.4 *“El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de*

⁴⁰ PAZ ARES, C. “perseverare diabolicum” op. cit. Pág.7

⁴¹ “Pero si lo que quiere decirse es que el art. 249 LSC solamente habilita al consejo para concretar el importe de la retribución del consejero ejecutivo dentro del techo fijado por la junta, la réplica es muy fácil: para ese viaje no hacían falta los nuevos apartados 3 y 4 que el reformador ha añadido al art. 249 LSC. La competencia del consejo para fijar la retribución de cada consejero dentro del límite máximo establecido por la junta ya está reconocida con carácter general en el último inciso del art. 217.3 LSC.”

PAZ ARES, C. “perseverare diabolicum” op. cit. Pág.10

⁴² PAZ ARES, C. “perseverare diabolicum” Pág.11 en relación a la STS 26-2-18.

funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato”.

Se detiene también el autor, en argumentar porqué, a su modo de ver, el art 249.3 tiene los tintes necesarios para actuar como *lex specialis* respecto a la regulación ordinaria del art 217 y ss, y así desmontar el planteamiento de preceptos cumulativos que sostiene el Tribunal en su pronunciamiento. En primer lugar acude a la precisión normativa del art 249.4 *“de que las retribuciones previstas en el contrato con el consejero ejecutivo deberán ser “conformes con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general” (art. 249.4 II LSC), de la que a contrario se infiere que cuando la junta no esté llamada a aprobar una política de retribuciones (como ocurre en las sociedades no cotizadas), el consejo de administración es el único órgano competente en la materia”*.⁴³

A continuación, hace referencia a la novedad añadida en el art 217.2 al referirse a los administradores “en su condición de tales”. Como hemos visto el Alto tribunal acude el art 209 LSC para interpretar dicha expresión, y resuelve, haciendo referencia que dicho predicado, se ha añadido, no para excluir a los consejeros ejecutivos si no, para excluir a aquellos que realizan *“funciones extrañas”* (*funciones completamente ajenas, por ejemplo, la defensa en un juicio contra la sociedad en su condición de abogado...*). Sin embargo, entiende el autor que, nadie nunca entendió que dichas funciones debieran estar incluidas en el sistema retributivo del art 217 o en la reserva estatutaria, con lo cuál lo que se hace es vaciar de significado nuevamente una innovación introducida por el legislador.

Termina rebatiendo este primer “bloque” argumental, comentando que la sentencia en ningún momento acude al régimen de las sociedades cotizadas para esclarecer a que se refiere el legislador con la expresión “en su condición de tales”. No es cuestión baladí esta referencia al régimen de las sociedades cotizadas pues, una de las novedades legislativas se dedica a esclarecer y

⁴³ PAZ ARES, C. “perseverare diabolicum” op. cit. Pág.12

diferenciar ambos sistemas retributivos⁴⁴. ¿Por qué el Tribunal supremo no acudió a dicha regulación? En palabras de C.Paz ARES “*La razón se comprende sin esfuerzo: simplemente porque no conviene a la tesis por la que ha optado de antemano. No hay otra explicación posible. La falacia del argumento desarrollado por el Tribunal queda en efecto al desnudo tan pronto como giramos la vista hacia algunos preceptos introducidos en materia de cotizadas y, específicamente, hacia los arts. 529-septdecies y 529- octodecies LSC.*”⁴⁵

Proseguimos el análisis a la crítica de la sentencia con los argumentos que rebaten el segundo pilar argumentativo del pronunciamiento: <<**La supuesta necesidad sistemática de la interpretación propuesta: la sensación de arabesco**>>.

Si bien el grueso de la crítica se encuentra en el primer pilar ya expuesto, la crítica al segundo y al tercero sirven de complemento y refuerzo a la tesis de C.PAZ ARES.

Recordemos que el Tribunal hacía referencia aquí a un supuesto vaciamiento de contenido de las normas accesorias del art 217, que desarrollan los paquetes retributivos a percibir por los administradores “en su condición de tales”, ya que estas retribuciones son características de aquellos administradores que desempeñan funciones ejecutivas, y si se afirma que el sistema retributivo de los consejeros ejecutivos se establece en los art 249.3 LSC, entiende el tribunal que se produce ese vaciamiento práctico de aplicación de la norma.

C.PAZ ARES, hace un extenso análisis de los diferentes preceptos, así como de los diferentes paquetes retributivos, para nuestro estudio y para poder plasmar efectivamente su crítica a dicho pilar argumental sin entrar al detalle técnico de la redacción de dichas normas accesorias, nos quedaremos con una reflexión general que esgrime sobre la materia:

“Cualquiera de las partidas retributivas mencionadas, ciertamente propias o específicas de paquetes que remuneran funciones ejecutivas, son de

⁴⁴ Art 529 septdecies tiene como título “remuneración de los consejeros en su condición de tales” mientras que el Art 529 octodecies tiene como título “remuneración de los consejeros por el desempeño de sus funciones ejecutivas”

⁴⁵ PAZ ARES, C. “perseverare diabolicum” op. cit. Pág.14

perfecta aplicación a cualquier tipo de administrador ejecutivo cuyo nombramiento corresponda a la junta general y cuya retribución consiguientemente queda sujeta a las reglas generales del art. 217 LSC, como sucede con los administradores únicos, los administradores solidarios o los administradores mancomunados, en absoluto una rara avis, sino la forma más corriente de organizar la administración de las sociedades no cotizadas: de hecho representan más del 95% de la fenomenología en nuestro país”.

Así pues, es cierto que dichas retribuciones son características de aquellos administradores que desempeñan funciones ejecutivas, pero no es cierta la conclusión a la que llega el tribunal respecto al vaciamiento funcional de dichos preceptos.

Por último y para finalizar con el análisis a la crítica realizada por C.PAZ ARES en su estudio “Perseverare diabolicum est”, a la STS 26-2-2018, el autor expone su opinión respecto al tercer pilar argumental: <<La supuesta necesidad valorativa de la doctrina del vínculo: ¿a quién toca definir los niveles de transparencia y control apropiados>>

Advierte antes que todo, una sensación recurrente, de querer “solventar” con esta sentencia, el Alto tribunal, lo que a su modo de ver es una legislación errónea en la materia, que existe un cierto prejuicio al caso y que se llega, primero al fallo y posteriormente se intenta argumentar jurídicamente tal fallo. No en vano la sentencia contiene varios puntos en los que se critica abiertamente al legislador⁴⁶.

⁴⁶ PAZ ARES, C. “perseverare diabolicum” op. cit, Pag.26 “La sospecha la fundo sobre todo en el juicio que vierten a continuación sobre lo que ellos mismos consideran una solución legal (esta vez real, no aparente) inapropiada. En términos abiertamente críticos hacia el legislador, el Tribunal señala, en efecto, que aquellas “consecuencias negativas se ven potenciadas” por ciertas decisiones del legislador, entre las que menciona la de haber mantenido limitada la transparencia o información de la memoria sobre la retribución de los administradores al no exigir que se ofrezca de manera individualizada sino solamente global (art. 260 LSC) o la de haber reducido la tutela de los socios en el derecho de información al restringir severamente la posibilidad de impugnación de acuerdos por infracción de dicho derecho (arts. 197 y 204 LSC). Y estas consecuencias negativas –añade– no son “coherentes con los objetivos explicitados en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, entre los que estarían reforzar su papel [el de la junta general] y abrir cauces para fomentar la participación accionarial” (§§ 13 y 14). Si desde esta censura al legislador en materias no discutidas regresamos hacia atrás, la impresión de que es la censura y no la exégesis lo que mueve al Tribunal a negar lo que a nosotros parece evidente (que el art. 249 LSC es *lex specialis* que deroga la *lex generalis* del art. 217 LSC) se refuerza

Para rebatir la línea argumental sobre la supuesta necesidad de transparencia y control en la que se apoya el Tribunal, estudia ambos supuestos por separado:

Respecto a la necesidad de transparencia a la que hace alusión la sentencia, el autor, aunque concuerda “que *la solución legal no es óptima*”, expone con acierto que:

“hay que recordar que el instrumento idóneo para alcanzar sus objetivos específicos no son normas sobre distribución de competencias, sino normas sobre difusión de información. No vemos necesario ni procedente por ello –es decir, por razones de transparencia– someter un determinado quid deliberandum, en nuestro caso la retribución de los consejeros ejecutivos, a la aprobación de la junta general (a la cual pudiera ser que los minoritarios ni siquiera quisiesen acudir). El medio adecuado para alcanzar los fines de transparencia es la publicación de la información de que se trate con el detalle apropiado. La norma llamada a cumplir esa misión en nuestra materia es el art. 260.11 LSC”⁴⁷

En lo que atañe al control manifiesta que es un “*discurso sin freno*”, que, encontrándonos ante una sociedad de estructura simple, si tiene sentido la reserva estatutaria y el control por parte de la junta general de las retribuciones, porque no existe ninguna otra instancia de control posible, pero imaginemos que en el seno de una sociedad que se estructura con un administrador único, en el caso de que designa a un gerente, ¿habría que extender el control a esa figura?

Continúa esgrimiendo una argumentación similar al caso de transparencia, afirma no estar del todo satisfecho con la legislación en esa materia, pero advierte que desempolvar la teoría del vínculo se ha visto que no es la solución, si no afinar los instrumentos que posee la norma para dicho cometido.⁴⁸

Finalizamos así el análisis a la reacción mayoritaria de la doctrina tras la STS 26-2-18, existen otros autores, fervientes defensores de la teoría del vínculo, que opinan en consonancia con la Sentencia⁴⁹ y su argumentación “camina” de la mano de la sentencia.

⁴⁷ PAZ ARES, C. “Perseverare diabolicum” op. cit. Pag.27

⁴⁸ El autor hace referencia a los art 161,190.3,226.2 LSC.

⁴⁹ Véase los autores ya citados FERNANDEZ DEL POZO, L. y GUERRERO TREVIJANO, C..

Observamos, como hemos adelantado antes, que esta sentencia no ha sido acogida con los brazos abiertos por la comunidad jurídica, y no es para menos, no se me malinterprete, la sentencia goza de una argumentación técnica y detallista que, en una primera lectura puede llegar a convencer “a propios y extraños” y a parecer necesaria, si bien, del análisis detallado de la misma y de sus consecuencias prácticas se hace palpable que el fin del fallo no es resolver un problema práctico o interpretar la legislación, si no, resolver lo que, los magistrados que la firman, consideran una mala legislación, una legislación que menoscaba y perjudica al socio minoritario, la transparencia y el control de las retribuciones de los consejeros delegados. Se puede llegar a entender, y puedo coincidir, en parte⁵⁰, que la legislación en esa materia no es la idónea, pero, no es justificable, en mi opinión y en la de varios autores citados anteriormente, tratar de solucionar ese problema, acudiendo al sistema de distribución de las competencias, mediante argumentaciones “artificiosas”, que en muchos casos parecen colisionar con varios principios interpretativos del Derecho⁵¹ y desempolvando la antigua teoría del vínculo, que, dicho sea de paso, ha sido notoria la falta de eficacia práctica de la misma.

4. Conclusión final

La introducción de este trabajo terminaba con una pregunta, que decía así ***¿ha conseguido la reforma de la ley societaria derogar jurídica y pragmáticamente la teoría del vínculo?***

⁵⁰ Hay que tener en cuenta, que el legislador introduce varias cautelas para salvaguardar la posición de los socios minoritarios, así como la transparencia y sobre todo el control del sistema de retribuciones de los consejeros delegados, véase art 249.3 y 4 comentados a lo largo del trabajo, los art 226.2 que excluye esta materia de la *business judgement rules*, 161, la capacidad de la junta de dar instrucciones vinculantes, y numerosos mecanismos de control generales a lo largo de la LSC, seguramente no son óptimos, pero no es razón suficiente para modificar el sistema de competencias.

⁵¹ “lex specialis derogat lex generali”, art 1284 CC en relación con la interpretación de las cláusulas de los contratos, “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.”

Bien a priori, al terminar el estudio del sistema de retribución de los consejeros ejecutivos, cualquiera esperaría recibir una respuesta sencilla y corta a dicha pregunta, pues, nada mas lejos de la realidad.

Hemos visto como desde el inicio hasta la novísima sentencia del Tribunal supremo la realidad de las retribuciones de los consejeros ejecutivos ha cambiado sustancialmente, todo ello forzado por las especiales características del puesto a retribuir, así como su contenido cambiante, estratégico y negociado.

Hay ciertas cuestiones tratadas en este trabajo que en la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia si quedan zanjadas, como sería, por ejemplo, la naturaleza del contrato del consejero ejecutivo como mercantil y no laboral, la superación del concepto totalmente inflexible de las funciones inherentes al cargo de administrador que en un inicio emanaba de la sentencia fundadora de la teoría del vínculo y la efectiva distinción entre consejero ejecutivo y consejero deliberativo u ordinario.

Sin embargo, una vez profundizado en las entrañas de la teoría del vínculo y las retribuciones de los consejeros ejecutivos, uno se da cuenta, que, la teoría del vínculo no es simplemente una doctrina o una corriente argumental por la cuál se limita la ejecución de un contrato adyacente entre el consejero ejecutivo y el consejo de administración, o mediante la cuál se hace una interpretación amplia y estricta de las funciones inherentes al cargo de administrador, va más allá, o quizá en sus inicios sí, pero se ha convertido un mecanismo ante el miedo de la pérdida de transparencia y control en el seno de las sociedades de capitales.

Puedo entender, que no compartir, la argumentación de la Teoría del Vínculo en el marco legal en el que se fundó, en un marco legal en el cuál la LSA de la época se mantenía muda al respecto y solo encontrábamos una referencia, imprecisa, a la distinción entre consejeros ejecutivos y ordinarios en el art 1.3 del ET, entender en aquella época que el consejero ejecutivo podría entrar en el régimen laboral por esa “grieta” era difícil ¿Cómo una misma prestación de servicios podría estar sujeta a dos tipos de relaciones laboral y mercantil?

Lo que a mi modo de ver no es tan entendible, es como, después de la reforma LSC, en la cual, es notoria la intención del legislador de diferenciar dos regímenes de retribuciones distintos, dependiendo de si nos encontramos ante

un administrador “en su condición de tal” o un consejero desempeñando funciones ejecutivas, el tribunal supremo haya desempolvado la antigua teoría del vínculo.

La LSC no era perfecta, pero terminaba con el debate de las funciones inherentes al cargo de administrador y la posibilidad, o no, de establecer un contrato adyacente entre consejero y consejo en su art 249.3., ponía fin a una cuestión que ha creado una verdadera inseguridad jurídica en las sociedades de estructura compleja.

Ahora bien, la nueva sentencia desvirtúa completamente la teoría del vínculo, utilizándola para, de un modo ciertamente artificioso, criticar al legislador y salvaguardar la transparencia, el control y a los socios minoritarios y deja prácticamente inútil la Reforma LSC en materia de retribución de los consejeros ejecutivos.

5. BIBLIOGRAFÍA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA (sala de lo social). (25 de diciembre de 2015). Sentencia nº 7437/2015, EDJ 2015/263529.

ALVAREZ RUBIO, J., CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E., GADEA SOLER, E., GOZALO LÓPEZ, V., LAFUENTE SUÁREZ, M., & TOMILLO URBINA, J. (2016). Derecho de sociedades. DYKINSON.

COHEN BENCHETRIT, A. (14 de agosto de 2017). *Lefebvre · El Derecho S.A.* Obtenido de ELDERECHO.COM: <https://elderecho.com/vigencia-de-la-teoria-del-vinculo-en-la-jurisdicion-social-tras-la-reforma-operada-en-la-ley-de-sociedades-de-capital-por-la-ley-312014-de-3-de-diciembre>

COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO. (2013). *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*. creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 y OECC 895/2013, de 21 de mayo.

- DESDENTADO BONETE, A., & DESDENTADO AROCA, E. (2009). En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios. *REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN* 83, 41-64.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2015). *Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos con los estatutos y con el acuerdo de junta del art. 217 LSC*, . *La Ley Mercantil* 18 , pp. 25 y ss.
- GARCIA PERROTE, I. (2015). un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con "omnicomprensividad retributiva". *Derecho de las relaciones laborales*, ISSN 2387-1113, Nº. 2, 178-184.
- GARRIGUES, J., & URÍA, R. (1976). , *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., vol. II,. Madrid.
- GUERRERO TREVIJANO, C. (2018). *La reserva estatutaria en materia de remuneración de administradores (A propósito de la STS 26 de febrero de 2018)*. *La Ley Mercantil* 45, pp. 1 ss.
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. (3 de diciembre de 2014). «BOE» núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, páginas 99793 a 99826 (34 págs.).
- Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas. (s.f.). «Boletín Oficial del Estado» núm. 199, de 18 de julio de 1951, páginas 3355 a 3374 (20 págs.).
- PAZ ARES, C. (Enero de 2018). el enigma de la retribucion de los consejeros ejecutivos. *Indret*.
- PAZ ARES, C. (Abril de 2018). Perseverare diabolicum (A propósito de la STS 26-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos). *indret*.
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. (s.f.). «BOE» núm. 192, de 12/08/1985.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (s.f.). «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba. (s.f.). «BOE» núm. 161, de 3 de julio de 2010.
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (s.f.). «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 1989, páginas 40012 a 40034 (23 págs.).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (s.f.). «BOE» núm. 255, de 24/10/2015.
- Resolución de 17 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de modificación de es. (s.f.). «BOE» núm. 175, de 21 de julio de 2016, páginas 51301 a 51305 (5 págs.).
- RUÍZ MUÑOZ, M. (2015). *La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la ley 31/2014 y el ALCM)*. Madrid: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 860-893. ISBN 978-84-89315-79-2.
- SÁNCHEZ URAN-AZAÑA Y. (2015). *Estatuto jurídico del alto directivo tras la reforma del derecho de sociedades*. Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social (118).
- TOVAR ROCAMORA, J. J. (2015). *Estado de la Teoría del Vínculo tras la entrada en vigor de la ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo*. Madrid.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (sala de lo social). (8 de abril de 2015). Sentencia nº 837/2015, EDJ 2015/143185.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (sala de lo social). (30 de septiembre de 2015). Sentencia nº 1792/2015, EDJ 2015/184800.

TRIBUNAL SUPREMO (sala de lo social en CASACIÓN contra la sentencia dictada en fecha 27 de mayo de 1987 por la Magistratura de Trabajo n.º 25 de Madrid) Sentencia Núm. 1.456. (29 de septiembre de 1988). España.

TRIBUNAL SUPREMO (sala primera de lo civil en CASACIÓN núm.: 3574/2017) Sentencia núm. 98/2018. (26 de febrero de 2018). España.

TRIBUNAL SUPREMO (sala primera de lo civil en CASACIÓN núm: 1058/1996) Sentencia núm: 445/2001. (9 de mayo de 2001).

